

POSTANOWIENIE
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej **-Barbara Bettman**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **28 czerwca 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 czerwca 2017 r.** przez konsorcjum wykonawców: **MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, ul. J. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia (lider); Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71; 43-400 Cieszyn** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Polską Grupę Górniczą Sp. z o.o., ul. Powstańców 30; 40-039 Katowice**, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego wykonawca **SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** - po stronie zamawiającego,

orzeka

1. Odrzuca odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - konsorcjum: **MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, ul. J. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia (lider); Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn,**
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego - konsorcjum: **MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini, ul. J. Słowackiego 49, 32-540 Trzebinia (lider); Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie, ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz.831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejsze postanowienie w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Modernizacja górniczego wyciągu szybowego szybu III przedział zachodni w Oddziale KWK ROW Ruch Marcel (ogłoszenie: Dziennik Urzędowy UE nr 35861-2017-PL z dnia 31.01.2017r.), w dniu 14 czerwca 2017 r. zostało wniesione w postaci elektronicznej odwołanie przez konsorcjum firm: [1] MWM Elektro Sp. z o.o. z siedzibą w Trzebini i [2] Elektrometal S.A. z siedzibą w Cieszynie [dalej: także „odwołujący”], w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem potwierdzenia powiadomieniem drogą elektroniczną dnia 9 czerwca 2017 r. informacji z dnia 9 maja 2017 r. o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 9 maja 2017 r. i wyborze oferty wykonawcy SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Odwołanie dotyczy postępowania, które zostało wszczęte w dniu 31 stycznia 2017r. i mają do niego zastosowanie przepisy obowiązujące od daty wejścia w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r.

Ustalona wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 19 czerwca 2017 r. przesłane drogą elektroniczną, przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w trybie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy w formie elektronicznej w dniu 22 czerwca 2017 r. Pzp złożył wykonawca SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Odwołanie wniesiono wobec poniższych czynności i zaniechań zamawiającego - Polskiej Grupy Górniczej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, tj.:

- 1) na zaniechanie zamawiającego polegające na nie odrzuceniu oferty wykonawcy - SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach [dalej: „SIEMAG”] mimo, iż oferta ta narusza wymóg określony w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ, a więc jest sprzeczna z treścią SIWZ i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 2) ewentualnie [na wypadek przyjęcia przez KIO, iż brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty SIEMAG] - na zaniechanie zamawiającego, polegające na nie wezwaniu SIEMAG do uzupełnienia dokumentu wymaganego w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli

Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ, mimo, iż SIEMAG nie przedłożył dokumentu, który był wymagany przez zamawiającego; a także:

3) na zaniechanie zamawiającego polegające na nieodrzuconiu oferty SIEMAG mimo, iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, przez co powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp; ewentualnie [na wypadek przyjęcia przez KIO, iż brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty SIEMAG]:

4) na zaniechanie zamawiającego, polegające na nie wezwaniu SIEMAG do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie oferowanej ceny i jej wyliczenia, mimo, iż zaoferowana cena budziła uzasadnione podejrzenie, że jest rażąco niska, a - w konsekwencji - istniały zasadnicze wątpliwości, co do możliwości wykonania przez SIEMAG zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za zaoferowaną cenę; oraz:

5) na zaniechanie zamawiającego odstąpienia części oferty złożonej przez SIEMAG, mimo, że SIEMAG nie wykazał, że zastrzeżona część oferty zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji [dalej: „uznk”];

6) na czynność zamawiającego, polegającą na wyborze oferty SIEMAG, mimo, iż oferta SIEMAG winna zostać odrzucona [jako zawierająca rażąco niską cenę i stanowiąca czyn nieuczciwej konkurencji], względnie - SIEMAG powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących oferowanej ceny i jej wyliczenia celem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny; oraz:

7) zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo, iż jego oferta była najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu: Polskiej Grupie Górniczej Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) zwaną „ustawą Pzp”, tj.:

- I. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty SIEMAG, mimo, iż jest ona sprzeczna z wymogiem określonym w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ, gdyż SIEMAG nie potwierdził certyfikatem wydanym przez niezależną akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby spełnienia wymagań zamawiającego.
- II. Ewentualnie [na wypadek uznania przez KIO, że brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty lub wykluczenia [napisano: ZAP?] z postępowania]: naruszenie art.

26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, a - w konsekwencji - zaniechanie wezwania SIEMAG do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt II.4 ppkt 5) poz, 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ; a także

- III. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, w którym oferta SIEMAG zawiera rażąco niską cenę.
- IV. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, w którym złożenie oferty SIEMAG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.
- V. Naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania SIEMAG do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie oferowanej ceny i jej wyliczenia, mimo, iż zaofferowana cena budziła uzasadnione podejrzenie, że jest rażąco niska, a - w konsekwencji - istniały zasadnicze wątpliwości, co do możliwości wykonania przez SIEMAG zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za zaofferowaną cenę.
- VI. Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu i zasady przejrzystości.
- VII. Naruszenie art. 8 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania, wskutek zaniechania odtajnienia utajnionej części oferty SIEMAG, mimo, że SIEMAG nie wykazał, że zastrzeżona część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zawiera ona informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- VIII. Naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i zaniechanie odtajnienia oferty SIEMAG, mimo, iż SIEMAG nie wykazał, że zastrzegana część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- IX. Naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, zawiera rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, względnie - dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert w zakresie ceny i jej wyliczenia, celem wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty SIEMAG;
- 2) odtajnienia zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty SIEMAG;
- 3) odrzucenia oferty SIEMAG; ewentualnie [na wypadek przyjęcia przez KIO, iż brak było na tym etapie podstaw do odrzucenia oferty SIEMAG];
- 4) nakazanie zamawiającemu wezwanie SIEMAG do udzielenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym treści oferty w zakresie oferowanej ceny i jej wyliczenia, z uwagi, iż zaofferowana cena jest rażąco niska i budzi zasadnicze wątpliwości możliwość wykonania przez SIEMAG zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za zaofferowaną cenę;
- 5) wezwanie SIEMAG do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ; oraz
- 6) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;
- 7) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa radcowskiego, które będą wynikać z faktury VAT, która zostanie złożone do akt postępowania podczas rozprawy,
- 8) o dopuszczenie dowodów wnioskowanych przez odwołującego.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że ma interes we wniesieniu odwołania, albowiem- gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, to odrzuciłby ofertę SIEMAG, a oferta odwołującego winna być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu i miałby on szansę na osiągnięcie korzyści ekonomicznych z realizacji niniejszego zamówienia. Odwołujący uznawał, że ma także interes w zaskarżeniu zaniechania odtajnienia części oferty SIEMAG, bowiem po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w dniu 9 maja 2017 r. i uwzględniając jej wyniki celową jest weryfikacja oferty SIEMAG pod kątem spełnienia przez nią wymagań zamawiającego. Gdyby jednak oferta ta wymagań tych nie spełniała podlegałaby odrzuceniu, jako nie odpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co prowadziłoby do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Tymczasem, wskutek naruszeń, których dopuścił się zamawiający, wskazanych w petitum odwołania, oferta odwołującego nie została wybrana, skutkiem czego może on ponieść z tego tytułu szkodę. Tak więc, jedynym środkiem prawnym przy pomocy którego można usunąć stan niezgodności z prawem jest wniesienie niniejszego odwołania, co przesądza, że obie przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp zostały spełnione.

Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 25 kwietnia 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza wydała wyrok o sygn. akt KIO 713/17, w którym (m.in.) nakazała unieważnienie czynności zamawiającego przeprowadzenia aukcji elektronicznej w dniu 5 kwietnia 2017 r., nakazała zamawiającemu powtórny ocenę ofert po uprzednim odrzuceniu oferty OPA-ROW Sp. z o.o.

w Rybniku oraz nakazała powtórzenie czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej. W toku aukcji elektronicznej przeprowadzonej dnia 5 kwietnia 2017 r. wykonawcy zaoferowali następujące ceny:

- a) OPA-ROW Sp. z o.o. - 25 500 000,00 PLN,
- b) Konsorcjum MWM Elektro sp. z o.o. i ELEKTROMETAL S.A. - 25 584 000,00 PLN,
- c) ABB Sp. z o.o. - 34 120 000,00 PLN,
- d) SIEMAG - 34 300 000,00 PLN.

Dowód: [1] wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 713/17 [w aktach postępowania przetargowego;

[2] ranking ofert po licytacji elektronicznej w dniu 5 kwietnia 2017 r.

W wyniku powyższego orzeczenia zamawiający odrzucił ofertę OPA ROW Sp. z o.o, oraz zaprosił pozostałych wykonawców do udziału w nowej aukcji elektronicznej wyznaczonej na dzień 9 maja 2017 r. Na tym etapie postępowania cena oferty odwołującego była najniższa i wynosiła 36 789 300,00 PLN [trzydzieści sześć milionów siedemset osiemdziesiąt dziewięć tysięcy trzysta złotych 00/100].

Kolejną ofertą w rankingu była oferta SIEMAG z ceną 42 694 284,00 PLN [czterdzieści dwa miliony sześćset dziewięćdziesiąt cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt cztery złote 00/100] - takie ceny wykonawcy zaproponowali w złożonych do postępowania ofertach, tzw. papierowych.

Dowód: [3] mail zamawiającego z dnia 4 maja 2017 r.;

[4] oferta odwołującego [w aktach postępowania przetargowego]

[5] oferta SIEMAG [w aktach postępowania przetargowego]

W dniu 9 maja 2017 r. odbyła się aukcja elektroniczna, w której SIEMAG pomniejszył swoją cenę z kwoty 42 694 284,00 PLN [czterdzieści dwa miliony sześćset dziewięćdziesiąt cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt cztery złote 00/100] do kwoty 25 200 000,00 PLN [dwadzieścia pięć milionów dwieście tysięcy złotych 00/100], Drugą ofertą w rankingu po licytacji elektronicznej jest oferta odwołującego z ceną 25 215 000,00 PLN [dwadzieścia pięć milionów dwieście piętnaście tysięcy złotych 00/100],

Dowód: [6] ranking ofert po licytacji elektronicznej z dnia 9 maja 2017 r.;

W dniu 9 czerwca 2017 r. zamawiający powiadomił o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za taką uznał ofertę złożoną przez SIEMAG, wskazując, że jego oferta uzyskała największą liczbę punktów łącznie w kryteriach: cena i długość gwarancji.

Dowód: [7] informacja zamawiającego z dnia 9 czerwca 2017 w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty

Z informacji o dokonany wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, iż zamawiający - poprzez nieodrzućenie oferty SIEMAG - uznał, iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny, ani też nie stanowi ona czynu nieuczciwej konkurencji.

Dowód: [8] pismo Zamawiającego z dnia 9 czerwca 2017 r.;

Pismem z dnia 8 czerwca 2017 r. odwołujący wnioskował o odtajnienie zakwalifikowanej jako tajemnica przedsiębiorstwa części oferty SIEMAG. Wobec nierozpatrzenia tego wniosku przez zamawiającego i jednocześnie powiadomienia w dniu 9 czerwca 2017 r. o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, zdaniem odwołującego - od daty przesłania informacji o dokonany wyborze - liczyć należy także termin na wniesienie odwołania w zakresie zaniechania odtajnienia utajnionej części oferty SIEMAG. Wraz z przekazaniem odwołującemu informacji w zakresie wyboru oferty SIEMAG zamawiający ujawnił bowiem fakt podjęcia decyzji o uznaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne.

Dowód: [9] pismo odwołującego z dnia 8 czerwca 2017 r.

Ad I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez ich bezpodstawne niezastosowanie.

Odwołujący zarzucał naruszenie ww. przepisu, poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie, a - w konsekwencji - zaniechanie odrzucenia oferty SIEMAG, mimo, iż jest ona sprzeczna z wymogiem określonym w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ, gdyż SIEMAG nie potwierdził certyfikatem wydanym przez niezależną akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego, wobec czego nie wykazał, że oferowana przez niego dostawa odpowiada wymaganiom SIWZ.

Dowód: [10] oferta SIEMAG [w aktach postępowania przetargowego]

Zgodnie z częścią III SIWZ i pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał od wykonawców przedłożenia certyfikatu, wydanego przez niezależną akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby, potwierdzającego, m.in. stopień odporności mechanicznej IK10 (punkt 13 tabeli na s. 20 SIWZ) oraz odporności na zaburzenia elektromagnetyczne (punkt 14 tabeli).

W swej ofercie SIEMAG zaferował rozdzielnice produkcji JMTronic. Zdaniem odwołującego rozdzielnice te nie posiadają jednak certyfikatu potwierdzającego spełnienie wyżej wskazanych wymagań zamawiającego i taki certyfikat nie został przez SIEMAG

przedłożony. Okoliczność ta uzasadnia odrzucenie oferty SIEMAG na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Ad II. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania tj. wezwania SIEMAG do uzupełnienia dokumentu, o którym mowa w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ. Zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z uwagi na to, że dokumenty, o których mowa w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ, to dokumenty, których zamawiający żąda celem potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a - jak wyżej wskazano - SIEMAG nie przedłożył dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków określonych w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ, wobec czego powinien wezwać SIEMAG do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Tego jednak zamawiający zaniechał, czym naruszył art. 26 ust. 3 Pzp, czyniąc niniejszy zarzut uzasadnionym.

Ad. III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie i nieodrzucenie oferty SIEMAG, mimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę. Odwołujący zarzucał również - w konsekwencji - naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i dokonanie wyboru oferty, która zawiera rażąco niską cenę i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego oferta SIEMAG zawiera rażąco niską cenę, a jednocześnie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oparty jest na następujących okolicznościach faktycznych: podczas pierwszej aukcji elektronicznej, która odbyła się dnia 5 kwietnia 2017 r, [która to aukcja została unieważniona wyrokiem KIO z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 713/17, i która zakończyła się podobnym wynikiem w zakresie najniższej zaoferowanej ceny (25,5 mln PLN)], SIEMAG zaoferował cenę w kwocie 34,3 mln PLN, tj. cenę wyższą od najniższej o ok. 9 mln PLN, czym - w konsekwencji - według odwołującego jednoznacznie

określił próg opłacalności wykonania przez siebie zamówienia. W przeciwnym przypadku, SIEMAG nie wycofałby się z licytacji na poziomie kwoty 34,3 mln PLN, a tak się stało. Jedynym racjonalnym wytłumaczeniem takiego zachowania według odwołującego, jest przyjęcie przez SIEMAG, że nie jest w stanie wykonać zamówienia za kwotę niższą niż 34,3 mln PLN. Tymczasem, podczas drugiej przeprowadzanej w niniejszym postępowaniu aukcji elektronicznej w dniu 9 maja 2017 r. SIEMAG zaoferował cenę w kwocie 25 200 000,00 PLN, tj. cenę o 9,1 mln PLN niższą od ceny zaoferowanej w toku pierwszej aukcji. Różnica ta stanowiła 26,53 % ceny zaoferowanej w pierwszej aukcji.

Dowód: [11] wyniki aukcji elektronicznej z dnia 5 kwietnia 2017 r.

[12] wyniki aukcji elektronicznej z dnia 9 maja 2017 r.

Przytoczone okoliczności wskazują, według odwołującego, iż zaoferowana przez SIEMAG w drugiej aukcji cena jest ceną rażąco niską. Wszak, jeśli w toku pierwszej aukcji SIEMAG sam określił próg rentowności zamówienia na poziomie 34,3 mln PLN, to odwołujący nie uznawał, że konkurencyjny wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienie za kwotę, którą wylicytował podczas drugiej aukcji elektronicznej, tj. za kwotę 25,2 mln PLN. Przedmiot oferty SIEMAG jest bowiem ten sam, a nie zaszły również żadne szczególne okoliczności, które umożliwiałyby tak znaczne obniżenie ceny, przy zachowaniu opłacalności wykonania zamówienia. Sam ten fakt daje - zdaniem odwołującego - podstawę do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i odrzucenia oferty SIEMAG, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednocześnie podkreślił, iż analiza tego, czy cena SIEMAG jest, czy nie jest rażąco niska, może dotyczyć wyłącznie zakresu i rodzaju świadczeń, które zostały zaoferowane przez SIEMAG, tj. rozwiązań technicznych, które zostały uwzględnione w ofercie SIEMAG. Jakakolwiek zmiana w tym zakresie nie jest dopuszczalna. Przekonywał, że brak podstaw do przyjęcia, że wystąpiły inne czynniki, które mogłyby uzasadniać nagłą obniżkę ceny podczas drugiej aukcji elektronicznej.

Ad. IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 7 ust. 3 Pzp.

Niezależnie od zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wybranego wykonawcy, w ocenie odwołującego przytoczone wyżej okoliczności wskazują, iż złożenie oferty SIEMAG o treści uwzględniającej wyniki aukcji z dnia 9 maja 2017 r. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co uzasadnia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie i nieodrżucenie oferty SIEMAG.

Odwołujący argumentował, że inne rozumienie zachowania SIEMAG podczas pierwszej aukcji elektronicznej, niż to, które upatruje w nim określenia przez SIEMAG progu opłacalności realizacji zamówienia na poziomie kwoty 34,3 mln PLN jest nieracjonalne i niezgodne z doświadczeniem życiowym. Jedyne inne możliwe teoretycznie wytłumaczenie tego zachowania [w powiązaniu z zakresem obniżenia przez SIEMAG ceny podczas drugiej aukcji elektronicznej do niemal identycznej kwoty, jaka została zaproponowana jako najniższa podczas pierwszej aukcji] doprowadziło odwołującego do wniosku, że doszło z udziałem SIEMAG do celowego ustalenia zaniżonej ceny wykonania zamówienia, co jednak również powodowałoby konieczność odrzucenia oferty SIEMAG, gdyż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zaoferowanie ceny, która jest ustalona na poziomie niższym, niż zapewniający osiągnięcie rynkowej korzyści z realizacji zamówienia stanowi bowiem - co najmniej - działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami kupieckimi, rażąco naruszające interes konkurentów działających na tym samym rynku. Zamawiający wskazane wyżej okoliczności jednak pominął, co uzasadnia sformułowane zarzuty naruszenia przepisów Pzp.

Ad. V. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp.

Z ostrożności procesowej [na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów] odwołujący zarzucał naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania SIEMAG do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie ceny i jej wyliczenia, mimo, że zaoferowana cena budziła uzasadnione podejrzenie, że jest rażąco niska, a - w konsekwencji - istniały po stronie odwołującego zasadnicze wątpliwości, co do możliwości wykonania przez SIEMAG zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za zaoferowaną cenę.

Przedstawione wyżej okoliczności zdaniem odwołującego wskazują, iż próg rentowności wykonania zamówienia SIEMAG określił na poziomie 34,3 mln PLN [tyle wynosiła zaoferowana przez SIEMAG cena w toku pierwszej aukcji elektronicznej]. Obniżenie w toku drugiej aukcji oferowanej ceny o kwotę 9,1 mln PLN, tj. 26,53 %, rodzi nie tylko podejrzenie, że cena ta jest rażąco niska, ale też uzasadnione i poważne wątpliwości co do możliwości wykonania przez SIEMAG - za tę cenę - zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i treścią złożonej oferty.

W tych okolicznościach, zdaniem odwołującego zamawiający był zobowiązany co najmniej do wezwania SIEMAG w trybie art. 90 ust 1 Pzp do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie dotyczącym zaoferowanej w drugiej aukcji ceny i jej wyliczenia, w tym przy uwzględnieniu faktu, iż w toku pierwszej aukcji SIEMAG oferował cenę o 9,1 mln PLN wyższą. W okresie pomiędzy pierwszą i drugą aukcją nie zaszły żadne obiektywne, szczególne okoliczności, które uzasadniałyby tak znaczące obniżenie ceny, a zatem nie

sposób ograniczyć się do czystej akceptacji działań SIEMAG. Okoliczności te wzbudziły obiektywne i poważne wątpliwości odwołującego, co - wskutek zaniechania wezwania SIEMAG do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie - zdaniem odwołującego uzasadnia zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp.

Ad. VI -VIII. Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 8 ust. 1-3 Pzp.

- poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu i zasady przejrzystości
- poprzez naruszenie zasady jawności postępowania, wskutek zaniechania odtajnienia utajnionej części oferty SIEMAG, mimo, że SIEMAG nie wykazał, że zastrzeżona część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zawiera ona informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- poprzez błędne jego zastosowanie i zaniechanie odtajnienia oferty SIEMAG, mimo, iż SIEMAG nie wykazał, że zastrzegana część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zarzucał błędne zastosowanie art. 8 ust. 2 i 3 Pzp, a w konsekwencji naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uchybienie zasadom uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadzie przejrzystości, a także art. 8 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania, wskutek zaniechania odtajnienia części oferty SIEMAG jako zastrzeżonej tajemnicy przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy SIEMAG nie wykazał, że zastrzegana przez niego część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a nadto oferta ta faktycznie nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 tej ustawy. Część oferty SIEMAG została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa. Pismem z dnia 8 czerwca 2017 r. odwołujący wezwał zamawiającego do odtajnienia części tajnej oferty SIEMAG i udostępnienia jej do wglądu odwołującego. Mimo złożonego wniosku zamawiający się do niego nie ustosunkował, a w dniu 9 czerwca 2017 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dowód: [13] pismo odwołującego z dnia 8 czerwca 2017 r.

Odwołujący stwierdził, iż dopiero po przeprowadzeniu drugiej aukcji i uwzględniając jej wyniki celową okazała się weryfikacja oferty SIEMAG pod kątem spełnienia przez nią wymagań zamawiającego. Dopiero, zatem w tym momencie powstał w sferze prawnej odwołującego interes w zaskarzeniu zaniechania odtajnienia części oferty SIEMAG.

Wskazał, iż treść części XVII pkt. 5 SIWZ oraz art. 8 ust. 3 Pzp postanowiono, że „...Wykonawca obowiązany jest wykazać, że zastrzeżone przez niego informacje stanowią

tajemnicę przedsiębiorstwa. Oznacza to nie tylko powołanie się na fakt, iż w danym podmiocie zastrzegającym tajemnicę przedsiębiorstwa nałożono na oznaczone osoby i podmioty zobowiązanie do zachowania poufności oraz wdrożono stosowny system obiegu dokumentów zapewniających poufność, lecz konieczność wykazania przez taki podmiot konkretnych rozwiązań stanowiących tajemnicę tego przedsiębiorstwa. Utrzymywał, że oferta SIEMAG warunków tych nie spełnia. Nie zawiera ona bowiem szczegółowego uzasadnienia, które dowodziłoby, że konkretne zastrzeżone przez SIEMAG informacje stanowią jego tajemnicę. Zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa (s. 100 oferty) SIEMAG wskazał wyłącznie na działania, jakie podjął celem zachowania poufności informacji, a nadto ograniczył się do ogólnikowego stwierdzenia, iż zastrzeżone informacje zawierają koncepcję rozwiązań dopracowaną z uwzględnieniem know-how wykonawcy. Takie działanie wskazuje w opinii odwołującego, iż SIEMAG zastrzegł informacje będące podstawą oceny jego oferty wyłącznie w celu uniemożliwienia weryfikacji przez konkurentów spełnienia przez niego wymagań zamawiającego. Odwołujący uznawał, że nie wystarczy jednostronicowym, ogólnie sformułowanym oświadczeniem zastrzec tajemnicę przedsiębiorstwa, uniemożliwiając zarazem kontroferentom wgląd w, być może błędne, założenia techniczne, mogące być podstawą do wykluczenia takiego podmiotu (zastrzegającego tajemnicę) z przetargu publicznego. Odwołujący pozostawał przekonany, że intencją zarówno zamawiającego, jak i ustawodawcy nie było dopuszczenie do tego typu działań (zastrzegania tajemnicy bez wykazania konkretnych zastrzeżonych informacji i jego uzasadnienia), lecz ochrona realnych rozwiązań, szczegółowo i precyzyjnie opisanych przez oferenta, które w przeszłości nie miały zastosowania, a ich ujawnienie mogłoby przynieść mu szkodę. Tym samym, uznał, iż SIEMAG nie wykazał, że zastrzegana części oferty stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co doprowadziło do naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 3 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie. Zdaniem odwołującego oferta SIEMAG nie zawiera informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, gdyż zdecydowana większość, o ile nie wszystkie kluczowe rozwiązania zaoferowane przez SIEMAG są jawne, tj.: są dostępne na stronie internetowej SIEMAG (<http://www.siemag-tecberg.pl/centrum-informacji/informacje-techniczne/>), jak również były prezentowane na imprezach wystawienniczo targowych, konferencjach i innych forach wymiany doświadczeń, w których SIEMAG każdorazowo uczestniczy. Dla poparcia powyższego odwołujący przedłożył Folder - Maszyna wyciągowa przewoźna BI 100-EL-I, który świadczy o tym, że przewoźna maszyna wyciągowa firmy Elcam była już wcześniej zbudowana i posiada ona zbliżone (różniące się maksymalnie o ok. 10%) parametry do oczekiwanych przez zamawiającego, a dodatkowo firma Elcam została wskazana w ofercie SIEMAG jako jej dostawca (strona 98 oferty SIEMAG). Dokument ten zdaniem odwołującego potwierdza, iż oferowane rozwiązanie jest publicznie znane i tzw. duża maszyna wyciągowa

jednolinowa nie jest niczym nowatorskim, gdyż istnieje szereg podobnych lub bardzo zbliżonych rozwiązań na rynku, w tym także firmy SIEMAG. Przykładem zbliżonego rozwiązania technicznego może być maszyna wyciągowa szybu nr 2 PG Silesia zmodernizowana przez SIEMAG w 2013 roku. Maszyna wyciągowa szybu nr 2 posiada identyczne rozwiązania techniczne do tych wymaganych w przedmiocie niniejszego postępowania. Maszyna wyciągowa wyposażona jest w bęben pędny typu Koepe hamowany przez tarczowy hamulec odwodzony hydraulicznie. Bęben pędny zamocowany jest do wału głównego łożyskowanego na łożyskach ślizgowych. Wał główny napędzany jest przez wolnoobrotowy silnik prądu stałego, który jest zasilany i sterowany za pomocą przekształtników DC, produkcji Siemens, połączonych w sposób szeregowo-równoległy. Opisywane rozwiązanie maszyny wyciągowej zostało szeroko przedstawione na konferencji Transport Szybowy 2013 organizowanej przez ITG KOMAG. Okoliczności te zdaniem odwołującego - przeczą tezie o uzasadnionym zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa i rzekomym ryzyku zapoznania się pozostałych wykonawców z oferowanymi przez SIEMAG rozwiązaniami technicznymi i technologicznymi, skoro zarówno sam SIEMAG, jak i wskazany przez niego podwykonawca - Elcam - rozwiązania te upubliczniają.

Dowód: [14] Folder - Maszyna wyciągowa przewoźna BI 100-EL-I; [15] Transport szybowy 2013 - Modernizacja Urządzenia Szybowego nr 2 PG „Silesia”

Wskazał, że oferowane przez SIEMAG rozwiązania techniczne i technologiczne są stosowane przez niego od wielu lat, na całym świecie, co wynika z treści pisma SIEMAG datowanego na 27 lutego 2017 r. (s. 100 oferty). Nie noszą one zatem cech nowości, a informacje o zastosowanych już rozwiązaniach również są publicznie dostępne (dowody nr 13 i 14 powyżej). Tożsame rozwiązania stosują i stosowały w przeszłości także inne podmioty działające na rynku (przykładowo: MWM, ABB, OPA-ROW, Elcam). Podtrzymał, że przedstawione okoliczności dowodzą, iż oferta SIEMAG nie zawiera informacji, które stanowiłyby tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odtajnienie części tajnej oferty SIEMAG - w rzeczywistości nie stanowiącej tajemnicy przedsiębiorstwa - uznał za konieczne dla zachowania jawności (przejrzystości) postępowania oraz zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący ponadto pismem z dnia 8 czerwca 2017 r. jednocześnie wniósł do zamawiającego o ujawnienie podstawowych wymagań i parametrów technicznych, min. typów kluczowych zaoferowanych urządzeń i aparatury wraz ze wskazaniem ich podstawowych parametrów dla obydwu maszyn wyciągowych oraz sygnalizacji szybowych, w sytuacji, gdyby zamawiający jednak uznał, że jakaś część zaoferowanych przez SIEMAG rozwiązań rzeczywiście stanowi tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wymagają bowiem, aby

kontroferenci mieli możliwość weryfikacji wszystkich złożonych w toku postępowania ofert, także w zakresie prawidłowego doboru urządzeń, zgodnego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wymaganiami zamawiającego. Zamawiający nie odniósł się jednak także do tego wniosku. Przedstawione okoliczności według odwołującego - dowodzą zasadności zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i art. 8 ust. 1-3 Pzp.

Ad. IX Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp - poprzez błędne jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty, która jest sprzeczna z treścią SIWZ, zawiera rażąco niską cenę, a także stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, względnie dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wezwany do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert w zakresie ceny i jej wyliczenia, celem wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu - jest jedynie konsekwencją zasadności pozostałych zarzutów podniesionych w niniejszym odwołaniu. Wszak gdyby zamawiający postąpił zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp i odrzucił ofertę SIEMAG, to dokonałby wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp. Uchybienie przepisom art. 89 ust. 1 pkt 2-4 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp skutkuje naruszeniem przepisu art. 7 ust. 3 Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym, bez udziału stron Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, z kolejnych zawiadomień o wyniku przetargu, z akt sprawy odwoławczej sygn. akt KIO 713/17.

Z zawiadomienia o wyniku akcji po licytacji elektronicznej w dniu 5 kwietnia 2017 r.

Z potwierdzenia zamawiającego z dnia 4 maja 2017 r. o wyniku akcji po licytacji elektronicznej w dniu 5 kwietnia 2017 r.;

Z zawiadomienia o wyniku akcji ofert po licytacji elektronicznej z dnia 9 maja 2017 r. o najkorzystniejszej ofercie wykonawcy SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Z informacji zamawiającego z dnia 9 czerwca 2017 r. potwierdzającą wynik akcji i wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

Izba zważyła, co następuje.

W zakresie aukcji elektronicznej ustawa Prawo zamówień publicznych zawiera, między innymi następujące regulacje.

Art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem, zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu, zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, oraz jeżeli można w sposób precyzyjny określić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisów art. 91 ust. 4-6 nie stosuje się.

Art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

Art. 91b ust. 2 ustawy Pzp, w zaproszeniu, o którym mowa w ust. 1, zamawiający informuje wykonawców o:

- 1) pozycji złożonych przez nich ofert i otrzymanej punktacji;
- 2) minimalnych wartościach postępień składanych w toku aukcji elektronicznej;
- 3) terminie otwarcia aukcji elektronicznej;
- 4) terminie i warunkach zamknięcia aukcji elektronicznej;
- 5) sposobie oceny ofert w toku aukcji elektronicznej;
- 6) formule matematycznej, która zostanie wykorzystana w aukcji elektronicznej do automatycznego tworzenia kolejnych klasyfikacji na podstawie przedstawianych nowych cen lub wartości;
- 7) harmonogramie dla każdego etapu aukcji elektronicznej, jeżeli zamawiający zamierza zamknąć aukcję elektroniczną na podstawie art. 91e pkt 3.

3. Termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w ust. 1.

4. Sposób oceny ofert w toku aukcji elektronicznej powinien obejmować przeliczanie postępień na punktową ocenę oferty, z uwzględnieniem punktacji otrzymanej przed otwarciem aukcji elektronicznej.

Art. 91c ust. 1 ustawy Pzp. W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 nie stosuje się.

Art. 91c ust. 3. W toku aukcji elektronicznej zamawiający na bieżąco przekazuje każdemu wykonawcy informację o pozycji złożonej przez niego oferty i otrzymanej punktacji

oraz o punktacji najkorzystniejszej oferty. Do momentu zamknięcia aukcji elektronicznej nie ujawnia się informacji umożliwiających identyfikację wykonawców.

Art. 91c ust. 6 ustawy Pzp odsyła do przepisów art. 77, art. 80 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2, które stosuje się odpowiednio.

Przepis art. 80 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje, pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano.

Bezsprzecznie z dowodów załączonych do odwołania, tj. z dowodu nr [3] wiadomości e-mail zamawiającego z dnia 4 maja 2017 r., stanowiącej zaproszenie do aukcji elektronicznej wynika, że aukcja została wyznaczona na dzień 9 maja 2017 r. z terminem otwarcia o godzinie 8:00. Planowany termin zamknięcia aukcji 9 maja 2017 r. godzina 08:10. Przedłużenie 10 minut.

Z dowodu nr [6] przedstawionego przez odwołującego - rankingu ofert po licytacji elektronicznej z dnia 9 maja 2017 r. wynika, że zgodnie z obowiązkiem ustawowym wynikającym z art. 91c ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 80 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający poinformował już w dniu 9 maja 2017 r., że najkorzystniejszą ofertę złożył wykonawca SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o., gdyż oferta ta uzyskała 100,00 punktów. Oferta odwołującego uzyskała 99,94 punkty. Natomiast oferta trzeciego wykonawcy ABB Sp. z o.o., otrzymała punktację 74,94.

Przez sam fakt zaproszenia wykonawcy SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. do udziału w aukcji elektronicznej, i w konsekwencji przeprowadzenia w dniu 9 maja 2017 roku aukcji elektronicznej z udziałem tego wykonawcy, o czym odwołujący powziął i mógł powziąć wiadomość w dniu 9 maja 2017 r., że zgodnie z art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający zaprosił drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a zatem zamawiający przed tą datą zweryfikował treść oferty i w tej dacie uznał, że oferta wykonawcy SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. nie podlega odrzuceniu i na tej podstawie dopuścił wybranego wykonawcę do etapu aukcji elektronicznej.

Skoro odwołujący uznawał, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty SIEMAG, mimo, iż jest ona sprzeczna z wymogiem określonym w pkt II.4 ppkt 5) poz. 13 i 14 tabeli Załącznika nr 1 do SIWZ w zw. z częścią III SIWZ, gdyż SIEMAG nie potwierdził certyfikatem wydanym przez niezależną akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby spełnienia wymagań zamawiającego, i zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentu certyfikatu - winien wnieść odwołanie w terminie liczonym od daty powiadomienia w trybie art. 91c ust. 6 w związku z art. 80 ust. 2 ustawy Pzp, tj. w oparciu o art. 182 ust. 3

pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie wobec czynności innych, niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Termin ten ma charakter zawity, a jego bezskuteczny upływ w dniu 19 maja 2017 r. spowodował wygaśnięcie uprawnień do skorzystania ze środka ochrony prawnej. Zasadniczym środkiem komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w przypadku aukcji elektronicznej jest droga elektroniczna. Nie miało więc znaczenia dla liczenia terminu na wniesienie odwołania, że zamawiający w dniu 9 czerwca 2017 r. potwierdził wynik aukcji elektronicznej z dnia 9 maja 2017 r.

Taka sama sytuacja, jak w odniesieniu do zarzutów I i II zachodzi w odniesieniu do pozostałych zarzutów odwołania, w tym Ad zarzutów III, IV i V, tj.:

- naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, w którym oferta SIEMAG zawiera rażąco niską cenę
- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego bezpodstawne niezastosowanie w przypadku, w którym złożenie oferty SIEMAG stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, oraz
- naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania SIEMAG do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie oferowanej ceny i jej wyliczenia, mimo, iż zaoferowana cena budziła uzasadnione podejrzenie, że jest rażąco niska, a - w konsekwencji - istniały zasadnicze wątpliwości, co do możliwości wykonania przez SIEMAG zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego za zaoferowaną cenę.

Przytoczone przez odwołującego okoliczności faktyczne, że podczas pierwszej aukcji elektronicznej, która odbyła się dnia 5 kwietnia 2017 r., [unieważniona skutkiem wyroku Izby, z dnia 25 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 713/17, i która zakończyła się podobnym wynikiem w zakresie najniższej zaoferowanej ceny (25,5 mln PLN)], SIEMAG zaoferował cenę w kwocie 34,3 mln PLN, tj. cenę wyższą od najniższej o ok. 9 mln PLN, czym - w konsekwencji - według odwołującego jednoznacznie określił próg opłacalności wykonania przez siebie zamówienia. Tymczasem, podczas drugiej przeprowadzanej w niniejszym postępowaniu aukcji elektronicznej w dniu 9 maja 2017 r. SIEMAG zaoferował cenę w kwocie 25 200 000,00 PLN, tj. cenę o 9,1 mln PLN niższą od ceny zaoferowanej w toku pierwszej aukcji. Różnica ta stanowiła 26,53 % ceny zaoferowanej w pierwszej aukcji, były odwołującemu znane po zakończeniu aukcji 9 maja 2017 r.

Powyższe fakty odwołujący oparł o przedstawione przez siebie dowody:

Nr [11] wyniki aukcji elektronicznej z dnia 5 kwietnia 2017 r.

Nr [12] wyniki aukcji elektronicznej z dnia 9 maja 2017 r.

- świadczą one, że przywoływane przez odwołującego okoliczności były mu wiadome w oparciu o dokonane przez zamawiającego czynności powiadomienia o wynikach aukcji z dnia z dnia 5 kwietnia 2017 r. i z dnia 9 maja 2017 r., a przedstawione zarzuty były możliwe do sformułowania w terminie ustawowym 10 dni od powiadomienia o wyniku powtórzonej aukcji z dnia 9 maja 2017 r. Zatem i te zarzuty należało uznać za spóźnione w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 182 ust. 3 pkt 1 tej ustawy.

Do Ad VII i VIII zarzutów naruszenia art. 8 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady jawności postępowania, wskutek zaniechania odtajnienia utajnionej części oferty SIEMAG, mimo, że SIEMAG nie wykazał, że zastrzeżona część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art.11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz nie zawiera ona informacji, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Naruszenie art. 8 ust. 3 Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i zaniechanie odtajnienia oferty SIEMAG, mimo, iż SIEMAG nie wykazał, że zastrzegana część oferty stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący sam stwierdził, że dopiero po przeprowadzeniu drugiej aukcji i uwzględniając jej wyniki - celową okazała się weryfikacja oferty SIEMAG pod kątem spełnienia przez nią wymagań zamawiającego, zatem w tym momencie powstał w sferze prawnej odwołującego interes w zaskarżeniu zaniechania odtajnienia części oferty SIEMAG. Termin na zaskarżenie tej czynności, zatem winien być liczony od dnia 9 maja 2017 r.

Jak wynika z okoliczności przyznanych, wiedzę że część oferty wykonawcy SIEMAG TECBERG POLSKA Sp. z o.o. została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa odwołujący powziął z dokumentacji tej oferty.

Potrzebę wglądu w utajnioną część oferty, odwołujący ustalił w momencie zamieszczenia przez zamawiającego informacji w dniu 9 maja 2017 r. o uznaniu oferty wykonawcy SIEMAG za najkorzystniejszą. Zamawiający samodzielnie, a nie tylko na wniosek wykonawców zobowiązany jest badać spełnianie przesłanek skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w ofertach wykonawców i odtajniać dokumenty oferty, która nie spełnia przesłanek art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro nie doszło do odtajnienia pełnej dokumentacji oferty SIEMAG w dacie ogłoszenia wyników aukcji w dniu 9 maja 2017r. oznacza to, że zamawiający nie znalazł podstaw do takiej czynności. Przez co powiadomienie w trybie art. 91c ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 80 ust. 2 ustawy Pzp stanowiącym, że bezpośrednio po zamknięciu licytacji elektronicznej zamawiający podaje,

pod ustalonym w ogłoszeniu o zamówieniu adresem internetowym, nazwę (firmę) oraz adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, otwierało odwołującemu drogę do wniesienia odwołania na zaniechanie odtajnienia oferty konkurenta, w zakresie informacji, którym odwołujący odmawiał przyznania tajemnicy przedsiębiorstwa. Tym samym zarzuty odwołania w tym zakresie należało uznać za spóźnione w świetle art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

Do Ad VI i IX zarzutów naruszenia podstawowych zasad art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez błędne jego zastosowanie i dokonanie wyboru oferty, która nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, zawiera rażąco niską cenę i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji, względnie - dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który winien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących treści ofert w zakresie ceny i jej wyliczenia, celem wykazania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a także poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, mimo, iż jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu oraz naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu i zasady przejrzystości - według twierdzeń odwołującego - stanowiły jedynie następstwa zasadności zarzutów poprzedzających, wykazujących podstawy do odrzucenia oferty SIEMAG, jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz zawierającej rażąco niską cenę. Z tych względów, ich konsekwencje prawne są powiązane z bytem i okolicznościami faktycznymi zarzutów, uzasadniających podnoszenie naruszenia wskazanych przez odwołującego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. W tym stanie rzeczy, Izba uznała wyżej podnoszone zarzuty również za spóźnione.

Co charakterystyczne, ten sam odwołujący w sprawie sygn. akt KIO 713/17, jak wynika z treści wyroku Izby z dnia 25 kwietnia 2017 r. wniósł odwołanie w dniu 10 kwietnia 2017 r. wobec wyników aukcji elektronicznej przeprowadzonej w dniu 5 kwietnia 2017 r. przy czym w odwołaniu (str. 5 wyroku) stwierdził, że: „[B] Termin do wniesienia odwołania

[7] Odwołujący wskazał, że informację o nieodrżuceniu oferty przystępującego otrzymał w dniu 31 marca 2017 roku tj. wraz z zaproszeniem do udziału w aukcji elektronicznej.

[8] Z zaproszenia wynikało, że pozycja odwołującego w aktualnym na dzień wysłania zaproszenia rankingu ofert, to pozycja nr 2. Z uwagi na to, iż jedynym wykonawcą, którego cena była na tym etapie niższa, niż cena oferowana przez odwołującego był przystępujący, oznaczało to, iż przystępujący również został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej.

[9] Z tej informacji wynikało również, że oferta przystępującego została oceniona przez zamawiającego, jako spełniająca wymagania SIWZ, więc od daty jej przesłania odwołującemu należy liczyć termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie.

Dowód: [5] e-mail z dnia 31.III.2017 roku z godz. 13:31 [w aktach postępowania przetargowego - przedłożonych przez (...) na żądanie KIO];

[10] *Z uwagi natomiast na to, że odwołujący złożył, odwołanie u Prezesa KIO w dniu 10 kwietnia 2017 roku, termin do wniesienia odwołania został zachowany.*"

Należało zauważyć, że i w przypadku aukcji z dnia 5 kwietnia 2017 r., zamawiający potwierdził jej wynik 5 maja 2017 r.

Ponadto odwołujący podnosił w odwołaniu z dnia 10 kwietnia 2017 r., że:

„[2] Zarzuty te są jedynie konsekwencją zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż gdyby zamawiający zachował się zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP i odrzucił ofertę przystępującego, to nie zaprosiłby przystępującego do udziału w aukcji elektronicznej, a - w konsekwencji - nie naruszyłby norm określonych w art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 PZP. Wszak, zgodnie z art. 91b PZP, zamawiający zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wyłącznie wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

[3] *Co więcej, uzasadnia to również zarzut naruszenia art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 PZP, gdyż zamawiający przeprowadził w dniu 5 kwietnia 2017 roku aukcję elektroniczną w sposób sprzeczny z art. 91b i postanowieniami SIWZ, gdyż z udziałem podmiotu przystępującego, którego oferta podlegała odrzuceniu.*"

W niniejszej sprawie odwoławczej odwołujący przyjął całkiem odmienne założenia, gdyż wniósł odwołanie na wyniki aukcji elektronicznej ogłoszone 9 maja 2017 r. (z zaproszeniem do aukcji z dnia 4 maja 2017 r.) dopiero w dniu 14 czerwca 2017 r.

Skutkiem dokonanych ustaleń, Izba uznała, że 10 - dniowy termin na złożenie odwołania, przewidziany art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, upłynął bezskutecznie w dniu 19 czerwca 2017 r.

Termin na wniesienie odwołania ma charakter zawity i jego bezskuteczny upływ spowodował wygaśnięcie uprawnień wykonawcy do skorzystania z tego środka ochrony prawnej. Z tych względów Izba nie miała podstaw do merytorycznego rozpoznania odwołania.

Postępowanie w sprawie wykazało, że odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, co obligowało Izbę do jego odrzucenia w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie.

Zaistnienie którejkolwiek z podstaw określonych art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, które są ustalane z urzędu, obliguje Izbę do odrzucenia odwołania. Zgodnie z art. 189 ust. 3 ustawy Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

W tym stanie rzeczy Izba odrzuciła odwołanie o czym orzekła postanowieniem na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. W oparciu o § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, Dz. U. 2017 r. poz. 47), Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczoną kwotę wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

.....